

INJUSTO Y CULPABILIDAD EN LOS GRANDES FILÓSOFOS GRIEGOS

*Carlos Arturo Gómez Pavajeau**

Pero la cátedra no considera el Derecho penal sino desde el punto de vista filosófico, porque enseña, no ya la ciencia de Italia, sino de los principios comunes a toda la humanidad¹.

Resumen: La época que siguió al oscurantismo de la Edad Media fue denominada, con todo acierto, como el renacentismo. Dicha expresión evoca, sin duda alguna, el pensamiento de los grandes filósofos griegos, empero, en lo concerniente al Derecho penal, muy poco se han trabajado sus conexiones con dicho pensamiento, pareciera que allí sólo influyó la ilustración, con propuestas ex novo y sin referencia alguna al pasado. Con esta contribución quiero demostrar que ello no es del todo cierto, puesto que, guardando mutatis mutandi algunas diferencias, las conquistas más importantes del Derecho penal moderno se encontraban explícita o implícitamente consignadas en el pensamiento de los grandes filósofos griegos.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas en la misma universidad. Profesor Titular de Derecho Penal y Derecho Disciplinario en esta casa de estudios. Correo electrónico: [gomezpavajeau@hotmail.com]. Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2010. Fecha de modificación: 15 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 16 de diciembre 2010.

1 FRANCESCO CARRARA. *Programa de Derecho criminal*, t. I. Bogotá, Temis, 1983, p. 27.

Palabras clave: Injusticia formal, injusticia material, legalidad, justicia, descubrimiento del alma, el cuerpo y el alma como expresión de lo humano, ley como expresión de voluntad, quebrantamiento de la ley como expresión de voluntad, injusto formal como quebrantamiento del deber, injusto material como quebrantamiento de derechos, culpabilidad, causas de exclusión de la conducta, del injusto y de la culpabilidad.

UNFAIR AND GUILT IN THE GREAT GREEK PHILOSOPHERS

Abstract: The period after the obscurantism of the Middle Ages was called, quite rightly, as the Renaissance. This expression refers, no doubt thinking of the great Greek philosophers, however, with regard to criminal law, very little has worked his connections with such thinking, it seems that there only influenced the illustration, with proposals from scratch and no reference to the past. With this contribution I want to prove that this is not entirely true, since, *mutatis mutandi* keeping some differences, the most important achievements of modern criminal law were explicitly or implicitly contained in the thinking of the great Greek philosophers.

Keywords: Formal Injustice, injustice material, legality, justice, discovery of the soul, body and soul as an expression of humanity, law as an expression of will, breaking the law as an expression of will, formal unfair breach of duty, as unfair material breach of rights, guilt, causes of exclusion of conduct, the unjust and guilt.

I. LA ETERNA VUELTA AL PASADO Y LA PERFECCIÓN DE ANTIGUAS PROPUESTAS

El Derecho penal liberal se ha entendido como una expresión de la llamada Ilustración, movimiento que sucedió a la caída del antiguo régimen medieval. Las propuestas jurídicas de FEUERBACH² y CARRARA³, materializan aquella esbozada políticamente por BECCARÍA⁴.

Los sistemas jurídicos de los autores mencionados expresaban la idea del Estado Liberal, según la cual sólo resultaba legítimo intervenir cuando se produjera la exteriorización de un comportamiento por parte de un individuo. Su conciencia, creencias y pensamiento se sustraen de dicha esfera de regulación, siendo gobernadas exclusiva

2 PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.

3 CARRARA. Ob cit., p. 39.

4 CESAR BECCARÍA. *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Linotipia Bolívar, 1992.

y excluyentemente por la persona, ámbito dentro del cual opera, con el máximo rigor absolutista, un autogobierno fundado en la dignidad de la persona.

Pero no basta que se produzca la exteriorización de un comportamiento, ello es necesario pero no suficiente. Se requiere, además, que el abuso del derecho exteriorizado tenga injerencia sobre la esfera de libertad de otro, lo que denota la interferencia inter-subjetiva como afectación de un derecho⁵.

La Revolución Francesa perfiló muy nítidamente tales postulados, puesto que, por un lado, señaló que el pensamiento no delinque, y por otro, precisó que los derechos de los individuos llegaban hasta donde comienzan los derechos de los demás. Tales fueron los fundamentos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁶.

En efecto, la idea central del Estado Liberal de Derecho de separar lo moral-religioso de lo político-jurídico se trasuntó en la introducción de límites a la intervención penal que, como se vio, se plasmó en la fórmula del abuso del fuero externo del individuo (ya descrito) como fundamento de lo injusto, por lo que se introdujo, por un lado, un límite cualitativo a la intervención penal, pero también con la idea del abuso del fuero interno, por otro, el nivel de examen de la conducta requerido para completar el reproche, traducido en dolo y culpa, lo que permitió otra limitante de naturaleza cuantitativa en aras de la protección de la subjetividad.

La protección de los derechos se constituyó así en fundamento y razón de ser del Estado, por supuesto, también, por ser su instrumento de intervención más drástica, del Derecho penal.

Tanto FEUERBACH como CARRARA distinguieron en el delito un componente objetivo y otro subjetivo: el primero caracterizaba al injusto como afrenta de derechos y el segundo a la culpabilidad como reproche. Es más, en Italia el esquema objetivo-subjetivo todavía hoy permanece, tal vez por la fuerza de su llamada Escuela Clásica, donde se aceptó que el hombre goza de una vida orgánica y espiritual, como su dimensión humana, de allí que el axioma delito como “ente jurídico” debía ser desarrollado a partir de “dos fuerzas concurrentes, física y moral”⁷.

5 El artículo 5.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, esencia del pensamiento de la modernidad, consagró su paradigma, al exponer que “la ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordena”.

6 Decía el artículo 3.º que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por la ley”.

7 CARRARA. Ob cit., p. 6.

El nacimiento de la Dogmática penal se encuentra cifrado en la distinción de lo antijurídico y lo culpable, teniendo lo primero un contenido objetivo de lesión del bien jurídico y lo segundo uno subjetivo, de lesión del deber cuando se tenía capacidad de obrar de otro modo. Es una distinción básica para el nacimiento de la ciencia jurídico-penal⁸.

A partir de la constatación de la naciente ciencia de la psicología en el siglo XIX, se entendió que la dimensión humana se expresaba a través de las facultades corporeo-psíquicas de la persona, con lo cual surgía un esquema de entendimiento de lo delictivo a partir, por un lado, de lo objetivo –tipicidad y antijuridicidad– y por otro de lo subjetivo –imputabilidad y culpabilidad psicológicas–. La antropología filosófica, caracterizada como una reflexión desde todas las ciencias del conocimiento del hombre, integradas en orden a su comprensión, fue mucho más allá al entender, en los años 30 del siglo XX, que la dimensión humana estaba dada por las facultades corporeo-psíquicas –que fundamentan el injusto objetivo, con aceptación excepcional de elementos subjetivos– pero también por las psíquico-espirituales, con lo cual se reconoce la importancia y significación del valor ético en el comportamiento humano, por tanto, así quedaría fundamentada la culpabilidad normativa⁹.

El esquema del delito fundado en la dimensión humana, entendida exclusivamente como lo corporeo-psíquico, representa muy bien la llamada Dogmática clásica. Su refinamiento como dimensión corporeo-psíquica y psíquica-espiritual, le abre caminos a la Dogmática neoclásica y a la Dogmática finalista.

Hoy se presenta con mejor delimitación la dimensión humana, al establecerse, de manera clara, que la misma está determinada por la conciencia técnico práctica y por la conciencia ético práctica o conciencia axiológica¹⁰, conceptualización a partir de la cual bien pueden fundarse los desarrollos del Derecho penal, si se tiene en cuenta la dignidad humana como fundamento del orden jurídico (art. 1.º de la Carta Política), pues dicho concepto proviene de la antropología filosófica.

Pero, repetimos, ello no aparece ex novo a partir de la Ilustración, también es una vuelta al pasado. Dichas líneas de pensamiento provienen de la antigüedad griega.

8 Cfr CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “La impronta genética de Ihering en la dogmática penal”, *Derecho Penal y Criminología* n.º 90, enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.71 a 87.

9 Cfr. GERD HAEFFNER. *Antropología filosófica*, Barcelona, Editorial Herder, 1986, pp. 28 y 109. La superación del llamado “paralelismo psicomecánico” de cuerpo y alma rescató la noción de espíritu humano, como aquel sucedáneo tardío de una carencia biológica, supercompensando la misma, permitiendo al hombre sublimar “su energía impulsiva en actividad espiritual”. Se trata del espíritu “como conocimiento, en un orden objetivo de valores”; MAX SCHULER. *El puesto del hombre en el cosmos*, Barcelona, Alba Editorial, 2000, pp. 77, 87, 91, 101 y 109.

10 Cfr HAEFFNER. Ob cit., pp. 144, 145 y 159. Tales esferas ya habían sido sugeridas cuando se decía, que la inteligencia humana se expresaba en la “inteligencia práctica orgánicamente determinada” y en la “inteligencia como comprensión del valor”; SCHULER. Ob cit., pp. 59 y 60.

II. CUERPO Y ALMA COMO GESTORES DEL ANÁLISIS DE LO OBJETIVO Y SUBJETIVO EN EL COMPORTAMIENTO HUMANO

La idea de injusticia como quebrantamiento de la voluntad del gobernante fue expuesta desde la antigüedad griega, puesto que HESÍODO la calificaba como “el instrumento humano adecuado para la realización de la voluntad de Zeus en la tierra”; con lo cual lo antijurídico se reduce al quebrantamiento de la voluntad consignada en la ley, amarrada a una función absoluta de la pena: “La violación de este orden suscita una especie de compensación divina, encaminada a restablecer el estado de cosas normal”, apunta JAEGER¹¹.

También la idea de lo antijurídico formal campeaba —como sucede en el positivismo legal decimonónico—, imponiéndose los conceptos de “legalidad de la justicia” y “obediencia a la ley”; esto es, la ley como “la pauta suprema de la humana perfección”¹².

En PARMÉNIDES la justicia tenía visos de formalidad, pues afirmaba que Dike “no afloja su presión sobre el ser y jamás le permite escaparse de sus cadenas”: justicia inmutable, severa e inflexible. Para HERÁCLITO la “ley era la expresión más alta del imperio de la razón” y por ello el pueblo debía “luchar por su ley como por sus muros”, refiriendo con ello, según cuenta JAEGER, a la necesidad de que la ley se mantenga incólume, puesto que “es la muralla espiritual que protege la vida de una comunidad”; no obstante, su validez dependía de la ley divina. También la expansión territorial de Grecia, alrededor del siglo V a. C., influyó en una idea de validez formal de la ley, convirtiéndola en “mera convención relativa”, toda vez que aquella implicaba en el orden una gran variedad de culturas y pueblos, como también se mostraba cambiante, en el tiempo, ante las mayorías¹³.

La ley como dogma, a partir del cual se comprendía el Derecho fue, sin duda alguna, ocupación del formalismo griego, recordando al efecto aquella afirmación de la antigüedad según la cual la ley, como “pensamiento razonado”, se convirtió en dogma poleos, sancionado por la ciudad, “fuente de la recta razón” impregnada en la regulación estatal. Lo contrario a la ley, entonces, lo antijurídico, era aquello que se oponía a la forma jurídica sancionada por la ciudad¹⁴.

Pero como la ley era expresión de la voluntad, también así, lo antijurídico, estaba constituido por un acto que se oponía a dicha voluntad, lo cual surge claro de la afirmación

11 WERNER JAEGER. *Alabanza de la ley*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 13.

12 *Ibíd.*, p. 15.

13 *Ibíd.*, pp. 30, 31, 32, 47 y 48.

14 *Ibíd.*, pp. 65 y 70.

de PROTÁGORAS, según el cual, dice JAEGER, “el germen de la justicia fue colocado por los dioses en el alma del hombre”¹⁵.

Dicha reflexión partía del descubrimiento del “alma”, que en ANAXÍMENES aparece con un símil respecto al cosmos: “el aire domina el cosmos y lo mantiene junto en la misma forma que la psique domina nuestros cuerpos”, afirmación efectuada en el siglo VI a. C.; de allí que JAEGER afirme categóricamente que “la concepción griega del alma” empezó a desarrollarse en dicha época y aparecía como sinónima de conciencia¹⁶.

Se dice que el giro de las consideraciones sobre la naturaleza hacia el estudio del hombre fue lo que originó las preocupaciones por el descubrimiento de su ser, lo cual se halla ligado de manera inescindible con el concepto de “alma”, que en gran medida se atribuye a SÓCRATES, pues para él “el hombre es su alma, puesto que su alma es precisamente aquello que lo distingue de manera específica de cualquier otra cosa”, es decir, para el gran filósofo griego, se entiende por alma “nuestra razón y la sede de nuestra actividad pensante y ética”¹⁷.

Se afirma que SÓCRATES dibujó dicha idea a partir del siguiente razonamiento, hoy reconocido como base del pensamiento occidental judeo-cristiano¹⁸ y moderno¹⁹:

Uno es el instrumento del cual nos valemos y otro es el sujeto que se vale de dicho instrumento. Ahora bien, el hombre se vale del propio cuerpo como de un instrumento, lo cual significa que son cosas distintas el sujeto—que es el hombre—y el instrumento, que es el cuerpo. A la pregunta de ¿qué es el hombre?, no se podrá responder que es su cuerpo, sino que es aquello que se sirve del cuerpo, la psyche, el alma (la inteligencia) es la que se sirve del cuerpo²⁰.

Se identifica así, el concepto de alma, con aquello que tiene que ver con el “principio del pensamiento y sus actividades espirituales”. Con ello se designa “al espíritu, a la con-

15 Ibid., p. 43.

16 WERNER JAEGER. *La teología de los primeros filósofos griegos*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 42, 77 y 78.

17 Cfr. GIOVANNI REALE y DARÍO ANTISERI. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. 1, *Antigüedad y Edad Media*, Barcelona, Editorial Herder, 1995, pp. 86 y 87.

18 El hombre, por ser una creación divina, debía responder a Dios por lo que él le hiciera a su cuerpo y por lo que hiciera con su cuerpo; PAUL JOHNSON. *La historia de los judíos*, Barcelona, Vergara, 2004, p. 57.

19 De la idea de contrato social se deriva la responsabilidad proveniente del deber de “contención de los peligros que surgen del propio cuerpo”; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Estudios sobre delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004, p. 122.

20 Así REALE y ANTISERI. Ob cit., pp. 87 y 88.

ciencia”, mostrándose como un reflejo mental de lo externo, puesto que “el alma conoce las ideas, por consiguiente posee las mismas características de lo que conoce”²¹.

Se produce, también con SÓCRATES, un giro hacia los verdaderos valores, los cuales no residirán en los objetos externos, sino internos: “los valores del alma que se hallan todos incluidos en el conocimiento”²².

Con PLATÓN se potencia la valorización de lo interior, produciéndose un plus, reconociendo la concepción dualista del hombre –cuerpo y alma–, pero insistiéndose en las nociones de lo ético como lo justo o lo bueno²³, aspectos valorativos en los cuales reside la dicotomía constante en los juicios que caracterizan el pensamiento de nuestra cultura occidental.

Las expresiones humanas se revierten en potencia y acto, según ARISTÓTELES, pero sólo la sustancia se identifica con el fin. La “sustancia es acto: actividad, acción, cumplimiento”. Pero sólo son acciones “aquellos movimientos que poseen en sí mismos su fin”, de tal manera que una acción perfecta es aquella que implica “un acto final o realización final”; de todos modos, antes de ello tenemos la “potencia activa”, que “consiste en la capacidad de producir un cambio en sí o en otro”, lo cual modernamente caracteriza la idea de “capacidad de acción”²⁴.

Para ARISTÓTELES los actos se dividen en movimientos y acciones. Unos y otras son expresión de la vida sensitiva-motora, que va más allá de la vida vegetativa, pero sólo las acciones participan de la vida intelectual, donde residen el conocimiento, la deliberación y la elección. Esta última se constituye en el “alma racional”²⁵.

III. EL PENSAMIENTO GRIEGO CLÁSICO Y LA DICOTOMÍA VALORATIVA ENTRE INJUSTO Y CULPABILIDAD

La respuesta a la pregunta clave, acerca de cuál era la naturaleza del acto que generaba lo antijurídico en concreto, la comenzamos a percibir con SÓCRATES, PLATÓN y ARISTÓTELES.

En los Diálogos de PLATÓN se da cuenta del juicio a SÓCRATES, a quien se acusa por MELITO de “impío”, toda vez que quiso “penetrar lo que pasa en los cielos y en la tie-

21 VÍCTOR FLORIÁN. *Diccionario de Filosofía*, Bogotá, Panamericana, 2006, pp. 27 y 28.

22 REALE y ANTISERI. Ob cit., p. 88.

23 Ibíd., pp. 137 y 142.

24 Cfr. NICOLÁS ABBAGNANO. *Historia de la Filosofía*, vol. I, Barcelona, Montaner y Simón, 1978, pp. 138 y 139.

25 Cfr. REALE y ANTISERI. Ob cit., pp. 180, 182 y 187.

rra”, convirtiendo en “buena una mala causa” y enseñando a “los demás sus doctrinas”. He aquí la acusación: “Sócrates es culpable, porque corrompe a los jóvenes, porque no cree en los dioses del Estado y porque, en lugar de éstos, pone divinidades nuevas bajo el nombre de demonios”²⁶.

El respeto por la ley era la clave del buen comportamiento en Atenas, de allí que, decía SÓCRATES, “la primer cosa que este hombre debe saber son las leyes”. Quebrantarlas constituía el delito, empero, bien miradas las cosas, sólo la contrario a derecho, esto es, el acto antijurídico, pues después de éste debía abordarse el reproche²⁷.

SÓCRATES realiza un monumental desarrollo filosófico sobre la verdad, la felicidad, lo bueno y lo malo, concluyendo que sus enseñanzas a los jóvenes atenienses eran correctas. No obstante, de manera subsidiaria, alegaba que si ello no era así, “si los corrompo, lo hago sin saberlo”, es decir, en gracia de discusión aceptaba que si cometió un acto antijurídico, su proceder era inculpable:

Si corrompo a la juventud a pesar mío, la ley no permite citar a nadie ante el tribunal por faltas involuntarias [...] la ley quiere que se citen a quienes merecen castigos [...] El motivo que tengo es, atenienses, que abrigo la convicción de no haber hecho jamás el menor daño a nadie, queriéndolo y sabiéndolo²⁸.

Pareciera que el concepto de lo contrario a derecho se fundara en el mero quebrantamiento de la ley, toda vez que se decía que era preciso, respecto de la ley, “obedecer sus órdenes”, puesto que allí “está el deber”; no obstante, distinguía muy claramente entre justicia y ley —“la virtud, la justicia, las leyes y las costumbres deben estar por cima de todo y ser objeto de culto y de la veneración de los hombres”—. De allí que en su diálogo con CRITÓN, SÓCRATES señalara:

... si mueres, morirás víctima de la injusticia, no de las leyes, sino de los hombres²⁹.

La separación entre lo objetivamente correcto o incorrecto y lo subjetivamente correcto o incorrecto fue obra de los griegos, y se funda en la separación que hicieron de las dos dimensiones de lo humano: “cuerpo y alma”.

Puede el alma no corresponderse con lo que expresa el cuerpo, caso en el cual surge el error:

26 PLATÓN. “Apología de Sócrates”, en *Diálogos*, Bogotá, Panamericana, 2004, pp. 11 y 16.

27 *Ibíd.*, p. 17.

28 *Ibíd.*, pp. 18 y 31.

29 *Ibíd.*, en “Critón o del deber”, pp. 46 y 49.

¿Cuándo encuentra entonces el alma la verdad? Porque mientras la busca con el cuerpo, vemos claramente que este cuerpo la engaña y la induce a error³⁰ [...] Lo que ella examina por los sentidos es sensible y visible; y lo que ve por sí misma es invisible e inteligible³¹.

De todos modos, el concepto de justicia en SÓCRATES y PLATÓN estaba todavía ligado a una “ética de las virtudes”; se trataba más de un asunto de personalidad que de expresión de un acto³², habida cuenta que se afirmaba que “lo único que debe mirar en todos sus proceder es –un hombre– es ver si lo que hace es justo o injusto, si es acción de un hombre de bien o de un malvado”³³.

En una ética de las virtudes el problema de la justicia atañe a la personalidad y, por supuesto, podría conducir a un Derecho penal de autor.

Los modelos de Derecho penal de autor son, por excelencia, los que confunden Derecho con moral. Ya decía ARISTÓTELES que “los actos en conformidad con la virtud son honestos y practicados por un motivo honesto”³⁴.

Parece que dicha tradición se supera con ARISTÓTELES, puesto que si bien dice que justicia es el “hábito que dispone a los hombres a hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren cosas justas”, su contrario, la injusticia, funciona de igual forma y “por ella los hombres obran injustamente y quieren las cosas injustas”³⁵, no es menos cierto que su planteamiento lo hace en un plano abstracto.

Su explicación del Derecho penal se da en un plano de la “filosofía práctica” como lo expresa, toda vez que “la conducta humana concierne a los hechos concretos”³⁶.

En efecto, es absolutamente claro en señalar que es injusto quien transgrede la ley, lo justo es lo legal, aquello sobre lo “que debe hacerse y lo que debe evitarse”. Pero la justicia debe entenderse también “con relación a otro”, “con relación a otro, y no sólo para sí mismo, porque muchos pueden practicar la virtud en sus propios asuntos, pero

30 Ibid., en “Fedón o del alma”, p. 428. El alma como el componente espiritual era asunto ya claro en PLATÓN, al afirmar que “cuando el alma ha abandonado el cuerpo, ella desaparece [...] el día mismo que el hombre muere, o se marcha con el cuerpo o se desvanece como un vapor, o como un humo que se disipa en los aires y que no existe en ninguna otra parte”; Ibid., p. 433.

31 Ibid., p. 450.

32 Hábito se define como “la manera de ser o comportarse que se adquiere por la repetición de actos”: FLORIÁN. Ob cit., p. 133.

33 PLATÓN. “Apología a Sócrates”, cit., p. 21.

34 ARISTÓTELES. *Ética nicomaquea*, Bogotá, Ediciones Universales, 1987, p. 80.

35 Ibid., p. 103.

36 Ibid., p. 43.

no en sus relaciones con otro”, lo cual vendría a ser una justicia en particular, como especie del género de justicia³⁷.

Postula la idea, hoy aún vigente, de que la vida activa es “la parte racional del hombre” y como tal es actividad de lo “que queremos significar”. El “acto del hombre es la actividad del alma según la razón”³⁸.

Su concepción de un Derecho penal de acto es evidente, al afirmar que “como dueño de su razón”, “el hombre es el principio de sus actos”. Lo voluntario es “aquello cuyo principio está en el agente que conoce las circunstancias particulares de la acción”, “donde está en nuestra mano el obrar, también estará el no obrar, y donde está el no, también el sí”³⁹.

Toda acción y elección implican un fin, “pues en vista de él [es] por lo que todos ejecutan todo lo demás”. Los fines pueden ser múltiples, pero “elegimos algunos por causa de otros”, así como los “instrumentos”, por lo que no “todos los fines son fines finales”⁴⁰.

El sujeto, una vez “se ha propuesto el fin”, “examina todos cómo y por qué medios alcanzarlo”, puesto que la voluntad “mira al fin”. “Siendo el fin el objeto de la voluntad, y materia de deliberación y de elección de los medios para alcanzar el fin, síguese que los actos por los que, de acuerdo con la elección, disponemos de tales medios, son voluntarios”⁴¹.

Así “la deliberación recae sobre las cosas que pueden hacerse por él, y que los actos, a su vez, se ejecutan para alcanzar otras cosas”, así entonces, la elección “no recae sobre lo imposible”, mientras que el deseo “puede serlo de lo imposible”: “nadie elige [...] sino sólo lo que él mismo podría hacer”, en consecuencia la elección apunta a los medios⁴².

Lo justo o lo injusto está dado por el comportamiento en concreto de un hombre, independientemente de sus hábitos, lo cual refulge diametralmente claro cuando afirma:

Es indiferente, en efecto, que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o el malo al bueno, como también que sea bueno o malo el que

37 *Ibíd.*, pp. 104 a 107. La ambición moderna de seguridad jurídica queda revelada en el gran filósofo griego, cuando afirma que “no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley”: *Ibíd.*, p. 118.

38 *Ibíd.*, p. 17.

39 *Ibíd.*, pp. 54, 57, 58 y 60.

40 *Ibíd.*, p. 15.

41 *Ibíd.*, pp. 58, 59 y 60.

42 *Ibíd.*, pp. 55 y 58.

haya cometido adulterio. La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió injusticia y otro la recibió, si uno causó un daño y otro lo resintió⁴³.

El acto injusto implica que se involucre el derecho de otro, toda vez que “no es lo mismo cometer actos injustos que practicar la injusticia”. Así, “el sufrir injusticia es siempre involuntario”: resulta dudoso “si puede uno cometer injusticia consigo mismo⁴⁴.”

Ahora bien, la identificación entre ley y justicia es “en principio” y no “por principio”, habida cuenta que advierte, que “es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas”⁴⁵, pero no se cierra en la afirmación de que lo legal es justo.

Lo justo está por encima de lo legal:

De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todos partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Parece algunos que todas las normas son de derecho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza, como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Persia, mientras que, por el contrario, vemos cambiar las cosas tenidas por justas⁴⁶

En ARISTÓTELES aparece muy claramente el concepto de injusto objetivo e injusto subjetivo, requiriéndose, para la censura, su duplicación objetivo-subjetiva:

“Hay diferencia entre la acción injusta y lo injusto, así como entre la acción justa y lo justo. Lo injusto es por naturaleza o por disposición de la ley”, pero una “acción injusta” se presenta “cuando alguno ejecuta tales actos voluntariamente [...] Cuando procede involuntariamente, ni comete injusticia ni obra justamente sino por accidente [...] Si un acto es o no un acto de injusticia (o de justicia) se determina por su carácter voluntario o involuntario. Si es voluntario se le censura, y es al mismo tiempo un acto de injusticia”⁴⁷.

De todo lo anterior surge muy claramente la idea de un Derecho penal de acto y las exigencias de un injusto como interferencia intersubjetiva de los derechos de otro, legalmente establecido.

43 Ibid., p. 111.

44 Ibid., pp. 122 y 123. No obstante, más adelante considera que sí es posible, pues quien se hiere no sufre injusticia en tanto “nadie sufre injusticia voluntariamente”, pero sí la sufre la ciudad, en un contexto de civilizaciones cuyo paradigma era la guerra, pues con su incapacidad se desmejoran cuantitativamente los ejércitos; Ibid., p. 128.

45 Ibid., p. 104.

46 Ibid., pp. 118 y 119.

47 Ibid., pp. 119 y 120.

Pero lo justo va más allá de la ley, para adentrarse en la noción de lo justo materialmente, lo cual coincide con lo contrario al Derecho natural:

Lo equitativo, en efecto, siendo mejor que cierta justicia, es justo; y por otra parte, es mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo equitativo [...] La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general [...] la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error [...] se procederá correctamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos [...] Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general⁴⁸.

Afirmaba categóricamente que “de nuestros actos somos señores del principio al fin, con sólo que tengamos conciencia de los hechos particulares”. El concepto de lo voluntario es bien complejo, toda vez que, por tal entiende, “las cosas que dependen de él, con conciencia y sin ignorar a quién, ni con qué, ni por qué”⁴⁹.

Pero es claro que, al considerar la existencia en el alma racional de un “intelecto potencial” y otro “intelecto actual”, los caminos para entender la imprudencia y el dolo, como también la conciencia potencial y actual de la antijuridicidad, quedaron plasmados en la filosofía griega⁵⁰.

IV. LAS FÓRMULAS A PARTIR DE LAS CUALES SE EXCLUÍAN LA CONDUCTA, EL INJUSTO O LA CULPABILIDAD. TAMBIÉN DE LAS ATENUANTES Y AGRAVANTES

Excluye lo voluntario aquello que se ignora o “sin ignorarlo no depende del agente”, decía ARISTÓTELES; pero también atenúa el reproche si no alcanza a configurar lo involuntario. Tal juicio referencial, teniendo como base la realización objetiva de un injusto,

48 Ibid., pp. 126 y 127.

49 Ibid., pp. 64 120.

50 Cfr. REALE y ANTISERI. Ob cit., p. 182. Ello fue captado muy bien cuando se dijo, en la cúspide del renacimiento, que “La *fuerza moral* del delito, considerada en su *causa* (o sea en su fuerza moral *subjetiva*), es lo que constituye la moralidad de la acción. Esta no se obtiene sino con el concurso de cuatro requisitos que deben haber acompañado la operación interna, a consecuencia de la cual el hombre procedió a la operación externa. Tales requisitos son: 1º) *conocimiento de la ley*; 2º) *previsión de los efectos*; 3º) *libertad de elegir*; 4º) *voluntad de obrar*. Los dos primeros requisitos, en lo tocante a la ley humana, basta que en ocasiones existan potencialmente; los dos últimos deben siempre existir *actualmente*”; CARRARA. Ob cit., p. 70.

nos muestra con palmaria exactitud los principios que gobiernan el entendimiento del Derecho penal moderno, lo cual confrontaremos a partir de afirmaciones textuales –entrecomilladas– del gran filósofo⁵¹:

a. La fuerza, “como sería si uno, tomándole otro la mano, hiriese a un tercero”, lo cual se conoce modernamente como vis absoluta. Por ello “forzado es sólo aquello cuyo principio es extrínseco, y en el cual, además, en nada participa el sujeto pasivo de la fuerza”;

La vis absoluta es identificada en la dogmática moderna como una causal que excluye la acción;

b. Cuando se es utilizado como instrumento por otro, como cuando el “esclavo lo hace por orden de su señor”, fenómeno que también, para el hombre-instrumento, excluye la acción y genera, para el hombre de atrás, imputación por autoría mediata;

c. Lo que es impuesto por la naturaleza, toda vez que “las hacemos y las padecemos sabiéndolas”, no puede censurarse al hombre, surgiendo la fuerza mayor como excluyente de acción, como sucede “cuando somos arrastrados a alguna parte por el viento o por los hombres que nos tienen en su poder”;

d. Cuando actuamos bajo el estado del sueño, puesto que “el sueño es la cesación de la actividad del alma”, tampoco generaba acción, lo cual hoy es aceptado por una gran parte de la doctrina y la praxis judicial, especialmente la de la órbita del common law;

e. La vida “vegetativa, que es la parte irracional del alma y que “en manera alguna comulga con la razón”, también excluye a la acción, como modernamente sucede con los movimientos musculares de los involuntables (inconciencia absoluta, daños cerebrales severos, afectación de la conciencia y la cognición, ataques de epilepsia, etc.);

f. En cambio los estados concupiscentes y desiderativos son conductas, toda vez que participan de la razón “en cierta medida, en cuanto la obedece y se somete a su imperio”; esto es, existe cierto control por parte del sistema nervioso central, involucrándose operaciones de las facultades psicológicas superiores, tal como sucede con el control de los instintos y de los actos pasionales;

g. “Tomar de los males los menos”, es máxima que explicaría la legítima defensa, según la doctrina actual;

51 ARISTÓTELES. Ob cit., pp. 9, 30, 31, 42, 48, 50, 52, 53, 61, 120 y ss. Afirma que “involuntario es solamente lo que produce pena y arrepentimiento”, lo cual puede ser tomado como un contraindicio de responsabilidad.

h. El estado de necesidad se explicaría por razón de un miedo de mayores males, como cuando arrojamus la carga al mar “en la tempestad”;

i. Surge el miedo insuperable cuando se dice que habrá indulgencia “cuando alguno hace lo que no debe por amenaza de males que sobrepasan la naturaleza humana y que nadie soportaría”;

j. Por miedo de “mayores males” también puede reducirse la censura; de todos modos depende de la intensidad, puesto que afirma que “puede suscitar dudas”, lo que originaría una eximente incompleta;

k. Cuando se es “forzado y contra su voluntad”, se produce lo que se conoce como vis compulsiva o insuperable coacción ajena, como cuando “un tirano nos ordenase hacer algo deshonoroso, teniendo él en su poder a nuestros padres o a nuestros hijos, los cuales serán salvos si hacemos lo mandado, y morirán si no lo hacemos”;

l. Si “versando la ignorancia sobre las circunstancias de la acción, parece obrar involuntariamente el que ignora alguna de ellas, sobre todo las principales, pudiéndose decir que principales son la naturaleza de la acción y su fin”, con lo cual se destaca la relevancia del error, pero a partir del yerro sobre elementos esenciales de la acción;

m. El error o ignorancia también excusan; esto es, daños en las relaciones sociales “causados por ignorancia”, “cuando se obra sin darse cuenta ni de la persona afectada, ni del acto, ni del instrumento, ni del fin”, lo cual hoy en día equivale al error de tipo;

n. Por error benigno, cuando alguien “hiere a su padre creyendo que se trata tan sólo de un hombre o de cualquiera de los presentes, pero ignorando que es su padre”, lo cual amerita menor censura;

o. No es culpable, sino una desgracia, “cuando el daño se produce contrariamente a una razonable previsión”, lo cual denota el caso fortuito y clarifica los límites con lo culposo;

p. Ahora, cuando se obra “no contrariamente a una razonable previsión, pero sin maldad, es un error culpable. Hay error culpable cuando el principio de la ignorancia está en el agente; hay desgracia cuando está fuera de él”, de lo cual surge la culpa;

q. Cuando afirma, a partir del ejemplo de dar “armadura de oro por armadura de bronce”, que “no es cosa voluntaria sufrir injusticia”, se está caracterizando el consentimiento como excluyente del injusto, ejemplo paradigmático de un injusto alejado de la noción de ética de las virtudes;

r. La ignorancia de la ley no servía, en principio, de excusa, puesto que “ni siquiera dejan los legisladores de sancionar la ignorancia si aparece que el delincuente es responsable de su ignorancia”, lo cual da cabida al error de prohibición vencible;

s. Se “castigan a los delincuentes que ignoran algún precepto contenido en las leyes, si era obligatorio y no difícil conocerlo; y así en las demás cosas que parece que por negligencia se ignoran, puesto que de los culpables dependía no ignorarlas y eran dueños de haber puesto diligencia en saberlas”; fundando la censura básica, soportada en la conciencia eventual de lo antijurídico, y teniendo como medida la oportunidad en términos razonables de conocer el injusto;

t. Pero si “se obra conscientemente, pero sin previa deliberación, se comete un acto injusto, como todo lo que se hace por cólera y por otras pasiones”, caracterizando un juicio menor de reproche, como sucede con el estado de ira o intenso dolor;

u. También situación semejante es aquella originada en un acto realizado “por un noble fin”, como causal específica de atenuación del desvalor de acción;

v. Son objeto de juicio lo conocido y lo conocible. La imprudencia es objeto de censura y así sus modalidades de culpa conciente e inconciente;

w. Cuando obra un hombre lo hace racionalmente, toda vez que “si no podemos referir nuestros actos a otros principios fuera de los que tienen su asiento en nosotros, habrá que radicar en nosotros y tener por voluntarios los actos cuyos principios están en nosotros”, esquema mental que representa la idea moderna de imputabilidad como principio y la inimputabilidad como excepción, y

x. Como los “deseos de los incontinentes van en sentido contrario a la razón”, su juicio escapa a la responsabilidad culpabilista.

Tales enseñanzas serán retomadas por Santo TOMÁS DE AQUINO al formular su concepto de “conducta humana”, los grandes filósofos del ius naturalismo racionalista (muy especialmente KANT), y concretadas por la discusión dogmática penal de actualidad (finalistas y posfinalistas).